PER IL

50° ANNO D'INSEGNAMENTO

DI

GIORGIO ANSELMI

STUDIO DI DIRITTO ROMANO

OFFERTO

dall'Avv. CARLO ARNÒ

TORINO
TIPOGRAFIA L. ROUX E C.
1893.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b
219

PER IL

50° ANNO D'INSEGNAMENTO

DI

GIORGIO ANSELMI

STUDIO DI DIRITTO ROMANO

OFFERTO

dall'Avv. CARLO ARNÒ

TORINO
TIPOGRAFIA L. ROUX E C.
1893.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

PROPRIETÀ LETTERARIA

AL PROFESSORE

GIORGIO ANSELMI

OFFRE

L'AUTORE

La l. 23 § 2 Cod. ad S. C.um Vell. IV, 29

Imp. Justinianus A Juliano p. p.

L. 23 § 2 Cod. ad S. C.um Velleianum IIII, XXVIIII (recognovit P. Krueger):

« *Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tali contractu posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem: tunc etenim et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta: ut nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto* ».

I. — Con tale sanzione Giustiniano innovò in parte il sistema del Scto Velleiano, o *de intercessionibus*, come lo appella il giureconsulto Marciano (1). Questo Scto,

(1) L. 40, pr. D. XII, 6.

estendendo la portata di alcuni editti di Augusto e Claudio, che avevano inibito alle donne maritate di intercedere per i loro mariti (1), aveva dichiarato inefficaci le intercessioni delle donne mediante la fideiussione e la contrattazione di un mutuo (2). L'inefficacia dell'intercessione non era però assoluta, giacchè il creditore poteva agire contro la donna, solo che, giovandosi questa della *exceptio Scti Velleiani*, cadeva l'intiera domanda dell'attore. Orbene col riportato § della costituzione 23, Giustiniano venne ad ampliare maggiormente la natura del Scto Velleiano; inquantochè se prima di lui la intercessione della donna non era mai in verun caso nulla *ipso jure*, ma solo poteva essere annullata mediante la *exceptio*; pel disposto giustinianeo la mallevadoria muliebre è *ope legis* inesistente, tranne venga redatta in un atto pubblico, firmato da tre testimoni; nel qual caso riprendono di nuovo vigore lo norme anteriori e per conseguenza la obbligazione non è annullabile se non in forza della *exceptio*.

Tale è l'innovazione introdotta da Giustiniano, la quale in sè semplicissima perchè giusta ed equa — « *ne... mulieres perperam sese pro aliis interponant* » — pur diede luogo ad una grave controversia che da più secoli viene agitandosi tra gli scrittori e che neppur oggi si può dire risolta.

II. — Promulgato il Scto Velleiano, ben presto si presentarono dei casi in cui l'applicazione di esso Scto sarebbe stata manifesta ingiustizia, tanto più che in essi esulavano

---

(1) Ulp., l. xxix ad Ed.; l. 2 pr. et § 1, D. xvi, 1: « Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. — Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est ».

(2) Nelle parole del Scto leggesi: « ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis ». — « Sed mihi crede — dice G. Noodt — haec esse pro exemplis quibus illustretur, non restringatur, Senatus providentia ». — Cfr. Noodt, *Operum omnium*, tom. II, Lugd. Batav., 1760, pag. 275.

affatto i motivi che ne avevano consigliato l'introduzione. Epperò sorsero a poco a poco alcune eccezioni alla regola proclamata dal Scto, nelle quali la intercessione della donna era perfettamente valida; così, a cagion di esempio, quando la donna avesse prestato garanzia pel debitore di un minorenne ed il debitore principale fosse insolvibile, chè di fronte al *beneficium aetatis* doveva cedere il *beneficium Scti Velleiani* (1); così eziandio allorchè la donna fosse colpevole di frode — ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ (2); così ancora quando il creditore versasse in un errore scusabile circa la esistenza della intercessione (3), e simili (4). Tutte codeste eccezioni continuarono ad avere il loro vigore anche dopo l'innovazione da Giustiniano introdotta nella cit. L. 23? È questa la questione su cui s'impegnò la lotta tra gli antichi ed i moderni giureconsulti.

III. — Il glossatore Martino Gosia, giusta quanto ci riferiscono Azone (5) ed Accursio (6), insegnava che la prescrizione di Giustiniano era cotanto assoluta che di fronte ad essa non poteva più sussistere eccezione veruna. Secondo Martino, pel disposto giustinianeo, divenne regola invariabile ed assolutamente non passibile di eccezione la seguente: se erasi redatto l'atto pubblico sottoscritto da tre testimoni, la intercessione della donna era valida e solo poteva essere annullata *ope exceptionis;* se invece quella

---

(1) Gaius, lib. iv ad Ed. prov., L. 12, D. iv, 4.

(2) L. 2, § 3; L. 23; L. 30, D. h. t. L. 5; L. 18, C. h. t. — Vedi Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrecht* (Jena, 1850-1851), S. 344 fgg.

(3) Vedi Hufnagel, *Mittheilungen aus der Praxis*, Bd. i, Nr. 115.

(4) Cfr. Kattenhorn, *Ueber Intercessionen der Frauen*, Giessen, 1840, S. 125 fgg., §§ 44-60.

(5) Cfr. Azonis, *Lectura sive Commentarius in Codicem Justinianeum*, Lutetiae Parisiorum, mdcxi, pag. 313.

(6) Cfr. *Codex Justiniani cum* Accursii *commentariis*, Coloniae Allobr., mdcxii, pag. 846, gl. ad l. 23 cit.: « Ne autem ».

solennità non veniva osservata, la intercessione era sempre in qualsiasi caso nulla di pien diritto e tale nullità doveva essere rilevata dal giudice con niun riguardo ai casi eccezionali, chè la donna in quelli eziandio, in difetto delle prescritte formalità, *ipso jure non tenetur* (1). Conviene notare come la maggior parte degli scrittori non riferisca la teorica di Martino esattamente, avvegnachè affermino che Martino avrebbe ammesso una eccezione all'assolutezza del principio che, secondo lui, sarebbe stato da Giustiniano sancito. Così, verbigrazia, per limitarci ad una grande autorità, von Vangerow, esponendo la dottrina di Martino, dopo aver detto che se la prescritta forma non viene osservata, la intercessione è nulla eziandio nei casi eccezionali, aggiunge: « *mit einziger Ausnahme des von Justinian besonders entschiedenen Falls, wenn sie etwas für ihre Interzession empfangen habe* » (2). Tale non fu indubitatamente il pensiero gosiano: e di vero scrive Azone (3): « *Quid si accepit pecuniam et intercessit sine scriptis, vel in instrumento non publico sed privato? ait M. ipso jure non tenetur* ». Certo che l'affermazione di Martino era grave, perocchè Giustiniano nella stessa costituzione 23, prima del riportato §, aveva detto: « *Sancimus mulierem si intercesserit, sive ab initio, sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri et non posse Senatusconsulti Velleiani uti auxilio, sive sine scriptis, sive per scripturam sese interposuerit* ». Come conciliò Martino la palese contraddizione (4) esistente tra il principio della legge ed il § 2? Forse, come opina la maggior parte dei suoi seguaci, che cioè, nella prima parte

---

(1) Azone, l. c.

(2) Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, Dr. Bd. (1876), § 581, Anm. 2, S. 155.

(3) Loc. cit.

(4) Vedi Sintenis, *Von der process. Natur u. s. w.*, in « *Sell's Iahrb.* ». II, S. 370 fgg., (1843).

della costituzione racchiudevasi per lo appunto il solo ed unico caso eccezionale che per Giustiniano ancor esisteva di fronte al principio proclamato al paragrafo « *Ne autem* »? No certo, perchè, come ho detto, tale non era *procul dubio* l'interpretazione data da Martino. E di vero il sommo glossatore, che pur aveva previsto la grave difficoltà a cui andava incontro la teorica da lui concepita, tentò di toglierla di mezzo, asserendo, come Accursio nella sua glossa a noi riferisce, che col § 2 Giustiniano ha corretto quanto era da lui stato sancito in sul principio della citata L. 23 (1). Che anzi la norma del § 2 era per Martino così generale ed assoluta che, secondo lui, la costituzione 23 doveva essere l'ultima del titolo del Codice *ad Sctum Vellei.*, « *et debet esse haec ultima in hoc titulo* » (glossa citata), donde ne seguiva che contro quella norma cadevano le eccezioni contemplate nelle costituzioni 24 e 25, h. t., l'una riguardante il caso in cui la intercessione fosse stata fatta per la libertà, l'altra quello in cui l'intercessione fosse avvenuta per la promessa di una dote. Chiaro è adunque che la teorica di Martino consisteva in questo: che, cioè, Giustiniano nella L. 23 cit. dichiarò nulle, in difetto della prescritta solennità, qualsiansi intercessioni di donna, si trattasse pur di quelle che o per opera sua, o per diritto anteriore erano valide in via di eccezione. E per conseguenza, secondo Martino, di fronte al § « *Ne autem* » cessano di essere casi eccezionali quelli in cui o l'intercedente agì con frode, o il creditore era un minorenne, o la donna rinnovò l'intercessione per lo stesso debito, o trattavasi della manomessione di uno schiavo, o l'intercessione era avvenuta per la promessa di dote, o la donna ebbe un compenso per la propria intercessione, e simili. Posto in questi, che sono i suoi veri termini, il concetto gosiano, ben si può affermare

(1) Accursio, l. c. — Anche Azone (l. c.) ricorda il tentativo di Martino: « Sed ipse (M.) dixit illum § superiorem corrigi per istum ultimum ».

che esso fu ovunque quasi sempre interamente abbandonato dai giuristi. Tra gli stessi glossatori esso non ebbe favorevole accoglimento, eccettuato il solo Piacentino (1), il quale, per quanto non fosse stato suo scolaro, pur di frequente con amore aderiva alle dottrine di Gosia. E di leggieri si comprende come la dottrina di Martino non abbia attecchito, perocchè il tentativo da lui fatto onde conciliare, data la sua interpretazione, la prima parte della legge col § 2, manca assolutamente di base, giacchè l'asserzione che quanto era detto nell'inizio della legge sarebbe stato emendato dalla regola proclamata nel § « *Ne autem* » non presenta alcuna serietà. E di vero, se il concetto racchiuso nel primo comma della legge fosse stato da Giustiniano modificato nella legge stessa, come mai, allorchè la legge promulgò, non tolse Giustiniano quella prima parte che più non costituiva se non un controsenso gravissimo? È possibile che in una raccolta di leggi promulgate in epoche diverse, il disposto dell'una venga ad urtare per avventura con quello dell'altra, ma è assurdo il concepire che in una stessa legge, redatta in un medesimo contesto di tempo, si siano lasciati, pur accorgendosene il legislatore, due principî, l'uno all'altro opposto. Salde ed inconcusse argomentazioni, le quali mancano assolutamente nel caso nostro, si richiederebbero per ammettere che Giustiniano appena dopo aver detto che è valida l'intercessione di una donna, sebbene non fatta in un pubblico atto da tre testimoni sottoscritto, qualora essa abbia ricevuto un compenso per la prestata garanzia, immantinenti soggiunga che una tale intercessione è invece nulla di pien diritto. Eppure è questo che Martino colla sua teorica fa dire a Giustiniano! E si noti ancora che la inverosimiglianza della congettura gosiana

---

(1) Piacentino, *Summa ad h. l.* — Cfr. anche Placentini, *De Senatusc. Tractatus*, tit. 2 ad Sctum Vell., nel *Tractatus universi iuris, auspice Gregorio XII*, t. I, Venetiis, 1584, fol. 135.

emerge anche da ciò, che, in realtà, il motivo che spinse Giustiniano a dettare la L. 23 cit. fu per lo appunto quello di dare una norma certa e sicura circa il caso della donna che riceva un compenso per la propria intercessione. E fu per questo che Giustiniano, *cum tanta subtilitate*, come ben notava il Saliceto (1), formolò questa prima parte della legge, prevedendo tutte le possibili evenienze: se il compenso avuto venga provato dalla confessione della donna *sponte* e *de praesenti*, o con un pubblico documento sottoscritto da 3 testimoni « *sed si quidem...* », o in qualsiasi altro modo che non sia la confessione della donna od il pubblico istrumento « *sin autem...* », ovvero se non riesce possibile provarlo « *sin vero...* ». Non è verosimile, scrive il Saliceto, « *quod imperator statim corrigat, quod supra cum tanta subtilitate in e. l. dixerat* » (2). Niuna maraviglia quindi dello abbandono pressochè completo in cui venne posta tale dottrina. Come tra i glossatori, ad eccezione del solo Piacentino, era stata respinta, così avvenne tra i giuristi posteriori, i quali anzi in generale non si curavano neppur più di confutarla, limitandosi a dire che doveva essere respinta, « *rejecta* Martini opinione » scriveva il Ragueau (3); ed erano rarissimi coloro che la seguivano, e tra questi pare vi fosse il Connano (4). Talvolta, come ben nota il Girtanner, la controversia a cui aveva dato luogo la teorica di Martino non veniva più ricordata, se non quale

(1) Bartholomaei a Saliceto, *In tertium et quartum Codicis libros*, Francofurti, 1615, L. 23, § 2 h. t., col. 809.

(2) Salic, loc. cit. — Vedi pure Pauli Castrensis, *In primam Codicis partem commentaria*, Venetiis, 1593, fol. 207 r., l. antique in f., ove è detto: « Non ergo corrigitur principium legis per hunc §, licet Mar. dixerit contrarium, quia Imperator sibi ipsi contrariaretur ».

(3) Cfr. Bartolus a Saxoferrato, *In primam Codicis partem*, Venetiis, 1635, fol. 143; Fr. Raguelli, *Commentarius ad constitutiones et decisiones Justiniani*, Parisiis, 1610, pag. 236 et 237.

(4) Franc. Connani, *Comm. iuris civilis libri X*, Lugduni, 1566, lib. vi, cap. viii, § 9 in f., pag. 453.

notizia letteraria (1). Non è però a preterirsi che in sul finire del 600, la dottrina di Martino ebbe il conforto di una grande autorità, quella dello Schilter: ma è per contro subito a notarsi che lo Schilter la difende senza porre innanzi nessuna argomentazione in suo favore (2). È ben vero che viene comunemente insegnato nei trattati di romano diritto che col principiare del nostro secolo trionfa l'opinione di Martino e diventa dominante: « *diese Meinung ist die jetzt herrschende und richtige* », scrive ad esempio il Baron (3); ma questa, a parer mio, è affermazione assolutamente erronea, chè la teoria di Martino, quale era stata da lui concepita, da nessuno scrittore nel secolo nostro viene riprodotta. Se la maggioranza degli scrittori moderni non è ricorsa ad un sistema diametralmente opposto a quello di Martino, questo non segna ancora il risorgere di quell'antica dottrina. Si suole attribuire il merito di averle ridato la vita, specialmente, a Suse (4), Glück (5) e Thibaut (6), ma non poca differenza corre tra la dottrina di costoro e quella di Martino. Il principio sancito nel § 2 da Giustiniano era per Martino cotanto assoluto che non era possibile conciliare con esso alcuna eccezione, epperò, dato quel principio, qualunque caso vi rientrava. In questo consisteva l'essenza del pensiero gosiano; ma quale è quello scrittore moderno che un tale principio riproduce, e sostenga per conseguenza che, pel § 2, nell'ipotesi, ad esempio, della donna la quale

---

(1) Girtanner, cit., S. 261.

(2) Joh. Schilteri, *Praxis juris romani in foro germanico*, Francofurti, 1733; *Exercitatio ad Pand.*, xxviii, § vii, pag. 220.

(3) J. Baron, *Pandekten*, 8 Aufl., Leipzig, 1893, § 256, S. 462.

(4) Suse, *De iure singulari feminae intercedentis:* P. i *(jus roman.)*, Gött., 1803, p. 35 sqq.

(5) Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, xv, S. 26 fgg.

(6) Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, Iena, 1834, ii Bd., § 607, S. 135. -- *Civ. Abh.*, S. 129 fgg.

abbia interceduto mediante compenso, la intercessione sia nulla *ipso jure* se non redatta colle prescritte formalità?

IV. — Il Glück (l. c.) pur ammettendo che Giustiniano nel § 2 cit. avesse sancita la nullità di qualsiasi intercessione di donna, se non fatta per pubblico istrumento, esclude, in opposizione a quanto insegnava Martino, dalla regola giustinianea, il caso in cui la donna abbia interceduto « *aliquid accipiens, ut sese interponat* ». L'innovazione recata da Glück all'interpretazione di Martino ne altera in gran parte la sostanza, sopratutto per le conseguenze che se ne ponno trarre. È da sapersi che Giustiniano nella legge 23 non pose un nuovo caso eccezionale, chè desso già esisteva nell'antica giurisprudenza (1). Le eccezioni al Scto furono « *partim*, come rettamente notava il Donello (2), *ex sententia senatusconsulti receptae a prudentibus, partim constitutionibus apertius inductae* ». Tra quelle della prima specie ve ne erano alcune le quali ponevano capo a questo principio, che, cioè, non doveva parlarsi del Scto Vell. allorchè l'intercessione non poteva riuscir di danno alla donna; ed esse si presentarono in realtà ai Romani come vere e proprie eccezioni e non quali semplici deduzioni dallo stesso principio del S. C. (3). Logica deduzione di questo principio avevasi, verbigrazia, allorquando non vi era in realtà una intercessione, giusta il senso dato dal Velleiano a cotesto istituto giuridico, ma allora difficilmente si diceva dai giureconsulti che la donna non poteva giovarsi del Velleiano, il che sarebbe stato meno esatto, ma bensì che la donna doveva ritenersi obbligata, per difetto di vera intercessione. Laonde il giureconsulto Paolo, nel libro XXX, *ad*

---

(1) Vedi Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten*, § 486, Anm. 3.

(2) Hugonis Donelli, *Opera omnia* cum notis Hilligeri, T. III, Lucae, 1763; *Comment. de iure civili*, Lib. XII, cap. XXXII, col. 749.

(3) Contro: Windscheid, *Ueb. d. Prinzip. d. S. C. Vellei.*, « *Archiv. f. civ. Prax.* », XXXII (1849), S. 299. — Girtanner, cit., S. 336. — Hasenbalg, *Beiträge zur Lehre von der Intercession*, (1856), S. 80.

Edictum (L. 3 D. h. t.): « *sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti quum venditorem hereditatis sibi venditae, vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur* ». Così in tutti i casi in cui la donna « *suum negotium gerit* », anzichè una eccezione, si aveva una illazione del principio velleiano. Ma ben altramente avveniva per quelle contingenze, nelle quali da una parte non potevasi asserire che la donna esercitasse puramente e semplicemente « *negotium suum* », dall'altra non potevasi applicare il Velleiano senza urtare contro i motivi che lo avevano consigliato. Tra esse va annoverata per lo appunto quella in cui la donna *ex intercessione non damnificatur*, come direbbe Bartolo; epperò a tal riguardo venne grado grado nella antica giurisprudenza formandosi una categoria di vere e proprie eccezioni al Scto. Invero, emanato il Velleiano nel 799 ab u. c., ben presto dovette presentarsi la seguente quistione: continua ad avere la *exceptio* contro il creditore, la donna intercedente, la quale abbia ricevuto il pagamento dal debitore? Si ha una vera e propria intercessione; la donna non esercita un « *suum negotium* », chè la quistione rimarrebbe ugualmente qualora la donna avesse solo ricevuto per avventura parte del pagamento; si cade per conseguenza nella sfera del Scto, eppure ingiusta ne sarebbe l'applicazione. Di qui l'escludersi di una tale ipotesi dal Scto, in via di eccezione; e questo dovette accadere, come già dissi, prestissimo, perocchè probabilmente era già avvenuto ai tempi del giureconsulto Urseio Feroce, vissuto ai tempi di Nerone, come può dedursi dal frammento 16 D (h. t.), estratto dall'edizione curata da Giuliano dell'opera di Urseio. Il caso eccezionale previsto da questo frammento è riportato con grande chiarezza e semplicità nei Basilici: « Ἐὰν ἡ ἀντιφωνήσασα πληρωδῇ παρὰ τοῦ χρεώστου, οὐκ ἔχει παραγραφὴν κατὰ τοῦ δανειστοῦ » (1).

(1) Bas., 26-7-47.

E notisi che la ragione per cui in tale fattispecie non viene applicato il Scto non è dovuta alla mancanza di una vera intercessione, « *intercedere non videtur* » (L. 3 D. h. t.), ma al fatto che, trattandosi di una intercessione con quelle accidentalità, la donna non corre più quel rischio che consigliò la introduzione del Scto, « *neque enim eam periclitari eam pecuniam perdat* », L. 16 cit. (1).

Alla stessa stregua l'antica giurisprudenza ritenne quale caso eccezionale quello che noi troviamo risolto da Pomponio e ricordato da Paolo nel *libro sexto regularum*: « *Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse senatusconsulto Pomponius scribit, quia mandati actione obligata in rem suam videtur obligari.* » (2).

Appartiene pure a questa categoria di eccezioni quella di cui si è occupato Callistrato nel terzo libro delle sue *Istituzioni* (3), ove ottimamente è addotto il motivo della eccezione: « *quia non sit pauperior* », motivo che distrugge per lo appunto la presunzione del *periculum rei familiaris*, a cui è dovuta in gran parte la inibizione delle intercessioni muliebri (4).

Tutte coteste ipotesi eccezionali rannodantisi ad un identico principio diedero presumibilmente luogo a moltissime controversie. Perchè avesse luogo l'eccezione era necessario che quello che la donna intercedente riceveva dal debitore lo avesse preso sino dall'inizio della intercessione, od era sufficiente averlo avuto quando la donna già si era obbli-

---

(1) Vedi il *casus* posto da Viviano Tosco alle parole « Si mulier » nella *glossa* edizione citata. T. primus, col. 1584.

(2) L. 22 D. h. t. (Ediz Mommsen). — Vedi Bas., 26-7-53, T. 3°, pag. 141 (ediz. Heimbach).

(3) L. 21 pr., D. h. t.

(4) Gai, *Institutiones*, I, § 190, seg. Ultima ediz. Studemund, 1891, pag. 43. — Vedi ancora L. 2 Cod. h. t., *Imp. Antoninus A. Nepotianae* (a. 213); Bas., 26-7-66.

gata? (1). E maggiori difficoltà dovettero sorgere per quanto si riferiva alla prova: come mai provare, ad esempio, che nella fattispecie menzionata da Urseio Feroce e da Giuliano la donna avesse in realtà ricevuto il pagamento dal debitore, o che alla donna il danaro fosse dato realmente nel caso contemplato da Pomponio e da Paolo, o che realmente venisse la donna avvantaggiata nella contingenza di cui discorre Callistrato? Ed ancora doveva la donna aver conseguito tutto quanto formava l'oggetto della intercessione, o bastava che ella avesse avuto « *aliquid* »? Forte si sentiva il bisogno che il legislatore intervenisse e con una norma precisa togliesse di mezzo tutte le gravi ragioni di dubitare che man mano vennero presentandosi in tale argomento, dando talvolta luogo ad intrigate difficoltà. E che senza dubbio un tale stato di cose abbia dovuto esistere nella giurisprudenza anteiustinianea, è prova, a parer mio, irrefragabile il linguaggio adoperato da Giustiniano appunto in quella sua costituzione, nella quale egli viene a togliere di mezzo tutte le suddette difficoltà. « *Antiquae* — proclama l'imperatore — *iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes et supervacuas distinctiones exulare cupientes, sancimus, etc.* ». « *In welcher*, — scrive giustamente il Windscheid — *Stelle übrigens Justinian den bezeichneten Satz nicht sowol neu eingeführt, als vielmehr nur Zweifeln und Distinctionem der älteren Jurisprudenz befreit hat* » (2). Dalla lettura accurata della L. 23 cit. chiaro risulta che neppure potè passare per la mente di Giustiniano l'idea di tôrre questa antica eccezione, la quale egli regola con norme fisse e costanti. Chè anzi io sono convinto che Giustiniano fu spinto a dettare la L. 23 puramente per riordinare la intercessione muliebre prestata mediante compenso. Fu, direi quasi, per incidente che Giustiniano,

---

(1) Vedi Gercke, *De limitibus S. C. Vellei.*, Hannov., 1795, § 19.
(2) Windscheid, § 486, Anm. 3.

prendendo opportunità dalle disposizioni intorno alla prova del compenso, venne a sancire la prescrizione del § 2. Allorchè la donna veniva a dichiarare che ella « *aliquid* » aveva ricevuto, in un pubblico istrumento, da 3 testi sottoscritto, tale istrumento faceva prova piena ed assoluta: *omnimodo esse credendum;* che se invece mancava tale documento, allora spettava allo *stipulator* l'onere della prova, la quale, naturalmente, doveva il più delle volte riuscire difficilissima, donde l'importanza grandissima dell'atto pubblico; in considerazione della quale Giustiniano, passando dalle eccezioni alla regola, prescrisse la formalità della scrittura per tutte le intercessioni della donna, minacciando i creditori che qualora tale scrittura non esistesse, la donna, invece di valersi del beneficio del Scto, è addirittura protetta dalla nullità assoluta della obbligazione: « ..... *ut nec Senatus-consulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto* ».

V. — Ma la regola del § 2 è proprio d'indole così generale, che da essa debba andare escluso il solo caso del compenso, giusta la dottrina di Glück? (1) O non sorge piuttosto spontanea una ragione di dubitare: se Glück ritenne, e giustamente, che il § 2 non venisse ad annullare il pr. della legge, e che le parole del § 2 potessero conciliarsi con quanto era detto nello inizio, come mai non trattò alla medesima stregua quegli altri casi eccezionali, di cui si è occupato Giustiniano in leggi posteriori? O il sistema di Martino, il quale non ammetteva eccezioni alla

(1) La dottrina di Glück ebbe moltissimi seguaci. Recentemente fu sostenuta dal Baron, op. e loc. cit., S. 462, il quale però non ravvisa una intercessione, nel senso del Scto Vell., nel caso del compenso. — In Italia è difesa dallo Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1860, pag. 63; ed è professata nell'Università di Torino dai professori Anselmi (disp. litogr. *Delle obbligazioni*, pagine 136 e 137, § 286) e Ronga (*Corso di istituz. di D. R.*, II, 1889, pagg. 334 e 335).

regola; oppure, ammessa quella del compenso, ammettere le altre eziandio contemplate nelle costituzioni posteriori. Giustiniano ha emanato una sequela di costituzioni, in ciascuna delle quali pose una eccezione al Scto (L. 22, 23, 24, 25 Cod. h. t.); nella seconda (per ordine cronologico) decise il caso del compenso. Ora, se si ritiene che il § 2 non valse ad impedire che la eccezione della L. 23 perdesse la propria efficacia, come è possibile affermare che il § 2 tolse invece ogni vigore al disposto, ad es., della costituzione 25, emanata un anno dopo? Di questa obiezione, così grave, a cui andava incontro la teorica di Glück, s'avvide il Thibaut, il quale all'unico caso della intercessione per compenso dice che Giustiniano più tardi, nella L. 25 Cod. eod., ha ancora aggiunto il caso della intercessione *pro dote*. Per Thibaut quindi, esclusi questi due casi eccezionali, ogni intercessione, fosse pure altra volta valida, è assolutamente nulla, se non è redatta in un pubblico documento (1). La ipotesi posta da Giustiniano nella L. 25 cit. non è del tutto nuova; giacchè Giustiniano non fece che estendere maggiormente ciò che da lungo tempo già era stato introdotto. E di vero 273 anni addietro, sendo consoli Tusco e Basso, gli imperatori Valeriano e Gallieno, confermando l'invalsa giurisprudenza, avevano statuito che indarno chiedeva l'aiuto del Velleiano la madre, la quale, volendo dotare la figliuola, avesse obbligato « *genero res suas* » (2). Giustiniano, colla L. 25 cit., statuì « *generaliter* » che qualsiasi donna, purchè maggiore degli anni 25, intercedendo *pro dote* (3), non avesse il Velleiano:

---

(1) Thibaut, op. cit., Bd. II, § 607, S. 135; e *Civilist. Abhandl.*, S. 128-130.

(2) L. 12 C. h. t., *Impp. Val. et Gall. AA. Sepiducae.* — Vedi Ant. Perezi, *Praelectiones*, Lovanii, 1651, lib. IV, C. tit. XXIX, n. 21, pag. 215.

(3) Lo stesso è a dirsi quando la donna abbia interceduto per la promessa di dote fatta da un terzo. Contro: Bachofen, in *Ausgew. Lehren des R. Civ.*, Nr. I, Bonn., 1848, S. 31.

« *omni auctoritate Senatusconsulti Velleiani in hac causa cessante* » (1). Il motivo dell'eccezione è dato dal Saliceto: « *Favor dotis maior est quam Velleianum, sed non est maior privilegio aetati coucesso* » (2). Di fronte e al *favor dotis* e alle espressioni di Giustiniano, che recisamente afferma non aver qui luogo il Velleiano, ed all'essere la c. 25 promulgata assai dopo quella 23, chè non vi ha dubbio che la c. 25 sia dovuta ad un'epoca posteriore al consolato di Lampadio e di Oreste, a differenza della 23, è giuocoforza ammettere che l'intercessione *pro dote* fosse da Giustiniano ritenuta valida, sebbene non avvenuta per pubblico istrumento, e quindi si comprende come il Thibaut abbia, nonostante la sua teorica, aggiunto all'eccezione della L. 23 quella della dote; tanto più che non poteva certo ritenersi per buona l'argomentazione di Glück, che, cioè, « *priores leges ad posteriores trahantur* » (D. I, III, 26); avvegnachè, se Paolo nel libro IV, *Quaestionum*, aveva pronunciato quell'apoftegma, nel libro V, *Ad legem Juliam et Papiam*, lo ribadisca, esplicandolo coll'aggiungervi: « *nisi contrariae sint* » (D. I, III, 28), e nel caso nostro la L. 25 è per lo appunto contraria al § 2 della L. 23, interpretando tale § giusta le dottrine di Glück e Thibaut.

VI. — Quello che però riesce inesplicabile nell'insegnamento del Thibaut, è l'aver egli ritenuto che, malgrado la inosservanza della forma stabilita, la donna resti obbligata nel caso della dote, ma non in quello di una intercessione *pro libertate*. Gli stessi argomenti che militano per l'un caso, si addicono pure all'altro. Le parole della L. 24 cod. h. t. (ove si contempla appunto l'ipotesi della donna che nella manomessione di uno schiavo abbia interceduto per il

---

(1) Vedi Raguellus, op. cit., pag. 238.

(2) Saliceto, op. cit., col. 810. — Vedi *Jul.*, L. 32, § 2, D. XII, 6, et *Pomp.*, L. 1, D. XXIV, 3, « dotium causa semper et ubique praecipua est ».

prezzo della sua liberazione) sono troppo esplicite per poter dar luogo a dubbi e ad incertezze. Giustiniano sancisce in modo chiaro e preciso che *in hoc casu* la donna rimane obbligata, senza far distinzione alcuna circa il modo con cui l'intercessione venne fatta, con o senza scrittura. « *Quod singulariter suasit favor libertatis, ut* — scriveva il Ragueau (1) — *solet Justinianus libertati plurimun indulgere* ». Come di fronte al caso della dote, così di fronte a quello della manomessione cessava del tutto il privilegio del Scto e rientravasi nel *jus commune*. Alla teorica del Thibaut è, per conseguenza, da anteporsi quella abbracciata tra gli altri dal Doveri (2), secondo la quale la norma del § 2 L. 23 cit. soffre eccezione nei casi di intercessione muliebre « mediante compenso » (L. 23) « *pro libertate* » (L. 24) e « *pro dote* » (L. 25). Da entrambe le leggi 24 e 25 apparisce la volontà del legislatore di voler favorire ancor maggiormente che per lo passato i casi della manomessione e della dote (3) e le parole usate esprimono questo volere del legislatore con tanta evidenza che assolutamente urterebbe e colla parola e colla ragione della legge lo affermare che, per esempio, mentre per lo passato una intercessione di donna *pro libertate*, anche se fatta senza scrittura, sarebbe stata completamente valida, per Giustiniano invece tale intercessione sarebbe nulla di pien diritto. Che la intercessione muliebre per la manomessione di uno schiavo non sia stata considerata come caso eccezionale solamente da Giustiniano, ma che già lo fosse dapprima, viene dedotto dall'espressione della legge: *veterum ambiguitatem decidentes*. Opportunamente il Vogel: « *causa jam ante Justinianum cognita, ob quam mulier Scti Vellei. auxilium amisit, erat*

(1) Raguellus, op. cit., pag. 237.
(2) Doveri, *Istituzioni di D. R.*, 2ª ediz., 1866, vol. II, § 532, pag. 382.
(3) Vedi Josephi Carle, *De Exceptionibus in iure romano, diss.* 1873, p. 114.

favor libertatis (1). Accadde quivi ciò che vedemmo essere avvenuto trattandosi della intercessione mediante compenso (« antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes »). Nella applicazione dovettero per avventura sorgere alcune ragioni di dubitare, a risolvere le quali Giustiniano dettò per lo appunto la c. 24, proclamando in maniera inconcussa da torre di mezzo ogni ambiguità, che, trattandosi di manomessione, « *teneri eam recte omnimodo, Senatusconsultum Velleianum in hoc casu tacere imperantes* »; ogni influenza del sistema del Scto innovato dal § 2 « *ne autem* » debbe cessare. Von Vangerow pretende che dopo la L. 23, § 2 non si possa parlare di tutta la teoria del Scto, regola ed eccezioni, se non in quanto un atto pubblico sia stato redatto e per conseguenza « muss denn auch in diesen beiden Fällen (2) die in der L. 23 für formlose Interzessionen angedrohte Nichtigkeit eintreten », (3) ma parmi di nessun valore una tale esplicazione, perchè, dicendo che il Scto deve tacere (L. 24) e cessare di avere ogni autorità (L. 25), vuolsi che riprendano vigore le norme concernenti l'intercessione, astrazione fatta dal Scto, donde la completa validità della mallevadoria muliebre *pro libertate et pro dote*, qualunque (*omnimodo*) ne sia stata la forma.

VII. — Ma una volta assodato che pel § 2 « *ne autem* », non cadono i casi di intercessioni *mediante compenso*, *pro libertate* e *pro dote*, i quali continuano invece ad essere validi anche se la obbligazione non si fece con chirografo eretto sotto gli auspici della pubblica autorità, e sottoscritto da 3 testimoni, fa d'uopo per necessità di logica aggiungervi un altro caso, quello cioè della madre e dell'avola, le quali, assumendo la tutela del figlio o del nipote, abbiano

---

(1) Vogel, *De intercessione mulierum*, diss. inaug. Lipsiae, pag. 25.
(2) I casi *pro libertate* e *pro dote*.
(3) Vangerow, cit., S. 159, Anm. 2, Nr. 4. — Vedi anche Girtanner, cit., S. 357.

rinunciato al beneficio del Velleiano. Imperocchè anche questo è un caso eccezionale sancito da Giustiniano nella L. 3 Cod. v, 35 e nella Nov. 118 c. 5, ed al quale si applicano le argomentazioni poste innanzi per le tre ipotesi sopra indicate. Epperò molti autori, come l'Arndts (1), il Vogel (2), il De Crescenzio (3), pur interpretando il § 2 « *ne autem* » al pari di Glück e di Thibaut, non estendono la prescrizione di tale § al caso in discorso. A tutti è nota la eterna controversia esistente tra i cultori del romano diritto: può la donna validamente rinunciare al Scto? Seguendo l'insegnamento della scuola bizantina (4) e della glossa (5) gli uni, quali, ad esempio, Perezio (6), Voet (7), Puffendorf (8), Lauterbach (9), Boehmer (10), Mencken (11), Gercke (12), Puchta (13), Kattenhorn (14), Rein (15), Heimbach (16), Rudorff (17),

---

(1) L. Arndts, *Lehrb. der Pand.* (1883), § 362, S. 676 fg. — Vedi pure Arndts-Serafini, *Pand.*, § 362, pag. 455, vol. 2°, 3ª edizione (1880).

(2) Vogel, diss. cit., pag. 29.

(3) De Crescenzio, *Sistema di dir. civ. rom.* (1869), II, § 328, pag. 334.

(4) Vedi Michael-Attalens, tit. 23 (Leunclav, *Jus Graeco-Rom.*, II, pag. 22); e Harmenopul, lib. III, tit. 6, § 5.

(5) *Glossa ad l. ult.*, D. h. t.

(6) Perezius, cit., pag. 215.

(7) Voet, *Comm. ad Pand.*, h. t., § 9.

(8) Puffendorf, *Observ. iur.*, obs. 159.

(9) Lauterbach, *Colleg. th. pr. Pand.*, h. t., § 24.

(10) Boehmer, *De efficaci mulierum intercessione*, cap. II, § 17.

(11) Mencken, *De valida interc. mulieris Scto Vell. renunciantis*, (1725).

(12) Gercke, cit., § 15.

(13) Puchta, *Pand.*, § 408, Nr. 7.

(14) Kattenhorn, cit., S. 206 fgg.

(15) Rein, *Das Privat-Recht* (Leipzig, 1858), S. 675.

(16) Heimbach, *In Weiske's Rechtsler.*, III, S. 796 fgg.

(17) Rudorff, *Grundriss zu Vorles. über das gem. Civilr.* (1843), § 265 Anm.

Arndts (1), Girtanner (2), Vangerow (3), ecc., ecc., stanno per l'affermativa; altri invece, e tra questi Fabro (4), Donello (5), Vinnio (6), Engelbrecht (7), Hellfeld (8), Weber (9), Suse (10), Göschen (11), Glück (12), Cropp (13), Koch (14), Schweppe (15), Valett (16), Windscheid (17), Gide (18), Dernburg (19), Gradenwitz (20), ecc., negano la validità della rinuncia. Tutti gli scrittori però sono d'accordo nello ammettere la validità della rinuncia nei casi della L. 32, § 4, D. h. t., della L. 3 Cod. v-35 e della Nov. 118, c. 5 (21). Dal disposto di queste due ultime leggi risulta la validità della rinuncia al Scto quando la donna vuole ottenere la tutela dei suoi discendenti (22). Una volta

---

(1) Arndts-Serafini, § 361.
(2) Girtanner, cit., S. 136 fgg., S. 364 fgg.
(3) Vangerow, § 581, Anm. 1, S. 152 fgg.
(4) A. Faber, ad L. 8, § 1, D. 2, 8.
(5) Donello, cit., col. 752 et 753.
(6) Vinnius, *Select. iuris quaestionum*, libri duo (Lugd. Batav., 1613), liber I, cap. XLVIII, pag. 220-224.
(7) Engelbrecht, *De renunciatione Scti Vell.* (1749), cap. II, § 3 sq.
(8) J. A. Hellfeldi, *Opuscula et dissertationes* (ed. Fischero, 1775), opusc. XIIII, *comm. de interc. mul. et Scto Vell.*, § XXXVII sqq., pagina 305 sqq.
(9) Weber, *Syst. Entwik. d. Lehre von der natürl. Verbindlichkeit*, § 74, Not. 4, S. 308, fg.
(10) Suse, cit., § 21 sqq.
(11) Göschen, *Pand.*, II, 572.
(12) Glück, XV, S. 36 fgg.
(13) Cropp, *Abh.*, I, Nr. 10, § 8 fgg.
(14) Koch, *Recht der Fordr.*, III, § 375.
(15) Schweppe, III, S. 360 fgg.
(16) Valett, *Pand.*, § 584.
(17) Windscheid, *Diss.* cit., pag. 57 sqq.; in « *Arch.* » cit., S. 302; *Pand.*, § 486, Not. 6.
(18) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (1885), p. 162.
(19) Dernburg, *Pand.*, II, § 84, S. 219.
(20) Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligat. Rechtgeschäfte* (1887), § 127.
(21) Vedi Sintenis, in « *Sell's Jahrb.* » cit., S. 361 fgg.
(22) Vedi Girtanner, cit., S. 263 fg. — Osserva elegantemente il Donello (loc. cit., col. 754): « hanc vim istius renuntiationis in

interposta la rinunzia, si esce totalmente dalla sfera del Scto, e riprendono vigore le norme di diritto comune che regolano i modi di garantire la esecuzione delle obbligazioni e, per conseguenza, le donne possono intercedere liberamente senza che niuna influenza eserciti la forma data all'intercessione, perchè naturalmente debbe venir meno la esigenza dell'atto pubblico, essendo questa una particolarità del Scto, della quale non si può parlare laddove cessa di esercitare la propria autorità il Scto stesso.

VIII. — Progredendo innanzi troviamo altri autori, i quali o ammettendo che in tutti i 4 sopraindicati casi la donna rimanga obbligata anche senza la nuova forma prescritta, o lasciando a parte taluno di essi, affermano che la decisione del § 2 « *ne autem* » non impera allorquando la donna abbia rinnovata la propria intercessione. Così opinano ad esempio il Windscheid (1) ed il Maynz (2). Di questo caso eccezionale si occupa la L. 22 Cod h. t. (3); il rescritto è di Giustiniano e parte dal principio che la donna, la quale ha reiterato la sua intercessione dopo due anni, ha potuto riflettere sull'importanza dell'affare intrapreso — « *quippe geminatio* — osserva Brunnemann — *deliberatam voluntatem ostendit* » (4). E fu in considerazione di ciò

---

hac causa rei necessitas expressit. Primum enim fuit, ne mater et avia, utpote faeminae ad tutelam admitterentur, ut fuit jus antiquum. Proximum, ut si placet admitti, admittantur ita, ut tutelae officium recte impleant. Quod ita fit, si ubi opus est pro utilitate pupillorum, obligentur, nec possunt utiliter obligari, nisi Velleiano renuntiaverint utiliter ».

(1) Windscheid, § 486, Not. 4 und § 488, Not. 5.

(2) Ch. Maynz, *Cours de D. R.*, II (1877), § 265, pag. 444.

(3) Vedi anche Nov. 61, c. 1, § 1 e Nov. 134, c. 8. — Cfr. Windscheid, *Diss. lat.* cit., pag. 40 sqq. — Vangerow, § 581, Anm. 1, n. 8, S. 152. — Sintenis, in « *Sell's Jahrb.* », S. 356 fg. — Girtanner, cit., S. 347 fgg. — Dernburg, *Pfandr.*, I, S. 211 fgg.

(4) J. Brunnemann, *Commentarius in Codicem*, T. primus (Lugduni, 1715), lib. IV, tit. XXIX, L. *Si mulier*, 22, pag. 342.

che volle l'imperatore l'intiero spazio di due anni tra la prima e la seconda intercessione; epperò è a ritenersi che se non trascorsi ancora i due anni, benchè più volte fosse avvenuta la reiterazione, non per questo cadrebbe il Velleiano; sono i due anni che dimostrano quella perseveranza dalla quale appare che la donna, « *non levitate quadam* — come dice Stefano — *sed iudicio animi intercessisse* » (1). La necessità dei due anni fu innovazione vera e propria di Giustiniano; la ripetizione dell'intercessione come quella che toglieva gli effetti del Scto esisteva di già nella giurisprudenza anteriore; lo che pare si possa arguire da un passo di Pomponio (libro I *Senatusconsultorum*, D. h. t. 32, § 4): « *si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur; quoniam Senatusconsulti exceptionem opponere potest, cavere debebit exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire* ». E di vero in tale fattispecie il « *cavere Senatusconsulto se non usuram* » (2), veniva risguardato come una conferma dell'intercessione; la quale conferma adunque già prima di Giustiniano, in date contingenze, rendeva valida l'intercessione. Giustiniano non fece che generalizzare il principio, apponendovi però la clausola dei due anni e prescrivendo che la intercedente abbia raggiunta la maggiore età (3) e che la rinnovazione *espressamente* avvenga (4). La L. 22 cit. non determina nessuna forma speciale per l'in-

---

(1) Matthiae Stephani, *Commentarius in novellas* (1630), p. 733. — Cfr. pure Donello, cit., col. 751.

(2) Basil., 26, 7, 63, pag. 143 ediz. cit.: « Si mulier, quae intercessit, velit conveniri, et non dari restitutoriam actionem in debitorem, ante litem contestatam cavere debet, Senatusconsulto se non usuram ». — Vedi Jacobi Butrigarii, in *Vet. D. partem*, T. primus, Romae, 1606, § « Si mulier pro eo », pag. 168 et 169.

(3) Vedi Biener, *De fideiussione mulierum quaestiones*, cap. II, pag. 17.

(4) Cfr. Nov. 61, cap. I, § 1. — Roeslin, *Abhandlung von besondern weiblichen Rechten*, Thl. II, S. 157.

tercessione; e, secondo noi, sono nel vero gli scrittori che ritengono non doversi in questo caso presupporre la forma solenne del § « *ne autem* » cit. Giustiniano anche dopo aver emanato la costituzione 23, fa richiamo alla fattispecie della L. 22, quale essa venne in questa legge regolata. Egli nella novella 134, c. VIII dichiarò nulla la intercessione della donna per suo marito, qualunque ne fosse la forma (1), e, perchè nessuna controversia potesse sorgere a riguardo della reiterazione dell'intercessione, nel qual caso l'intercessione qualunque ne sia la forma è sempre valida, previde anche l'ipotesi in cui l'intercessione della moglie fosse stata reiterata εἴτε ἅπαξ εἴτε πολλάκις (2). Un altro argomento parmi si possa dedurre dai Basilici, ove i 4 casi di intercessione: α) *rinnovota;* β) *mediante compenso;* γ) *pro libertate;* δ) *pro dote*, sono riferiti (3) gli uni dopo gli altri, senza essere riportato il disposto del § « *ne autem* », giacchè la L. 23 Cod. cit. corrispondente ai Basil. 26, 7, 87, vien riferita solo nella prima parte, donde ne viene che non si possa trattare, in modo diverso dagli altri 3 casi, quello della rinnovazione, che è poi in modo chiarissimo esposto nei Basilici (26, 7, 86): ἐὰν ἀντιφωνήσασα γυνὴ μετὰ δύω ἔτη τῆς ἀντιφωνήσεως εἰς δεύτερν ἐπερωτηθῇ, ἢ ἐγγυητὴν παράσχῃ, ἐκπίπτει τῆς ἀπὸ τοῦ δόγματος βοηθείας. E che i Balisici rispecchino veramente il pensiero di Giustiniano nel far risaltare che i 4 casi eccezionali a cui si può aggiungere anche quello della rinuncia per la tutela dei discendenti, debbono andar soggetti ad identici principî (intercessione sempre ed indistintamente valida), lo si arguisce dall'essere stato sempre il medesimo il motivo che spinse l'imperatore a dar norme intorno ad essi; quello cioè di precisare o di estendere

---

(1) Vedi VANGEROW, § 581, Anm. 3, S. 160 fgg.
(2) Nov. 134, c. VIII, recognovit R. SCHOELL (fasc. V, pag. 683).
(3) BASIL., XXVI, VII, 86, 87, 88, 89.

vieppiù talune eccezioni già esistenti nella giurisprudenza anteriore (1).

IX. — Riassumendo quanto siamo venuti dicendo, la formalità prescritta nel § « *ne autem* », soffre adunque le 5 seguenti eccezioni:

1° Allorquando dopo un lasso di tempo di due anni la donna rinnova la propria intercessione;

2° Quando essa ha ricevuto qualche cosa per intercedere;

3° Quando intercede *pro libertate*;

4° Quando intercede *pro dote*;

5° Quando abbia rinunciato al beneficio per la tutela dei figli.

Pur nel Codice troviamo poi ancora altre eccezioni alla regola del Scto; epperò è da ricercarsi se in esse, dopo l'innovazione iustinianea concernente la forma, l'intercessione cessi di essere valida in difetto di atto pubblico, o se non piuttosto anche su di esse, come su quelle sopra esaminate, non venga ad estendersi la regola del § « *ne autem* ». Orbene, tralasciando di occuparci di talune eccezioni che, al pari di quella, verbigrazia, della L. 12 Cod. h. t., vennero assorbite da quelle introdotte da Giustiniano, e delle quali, per conseguenza, non è il caso di parlare, noi troviamo nelle costituzioni imperiali mentovati due soli casi eccezionali, e cioè:

1° Se il creditore si è trovato, per quanto concerne l'intercessione della donna, in uno scusabile errore; giacchè il contrarre con una donna è ben diverso dal contrarre con una donna che intercede (2).

---

(4) Nella L. 22 è detto: « Sancimus, antiqua legum varietate cessante »; nella L. 23: « antiquae iurisdictionis retia, etc., sancimus »; nella L. 24: « veterum ambiguitates decidentes sancimus »; nella L. 25: « generaliter sancimus ».

(1) Vangerow, III, § 581, Anm. 1, Nr. 5, S. 150 fg.

2° Se la donna agì dolosamente (1).

Per la c. 23 cit. dobbiamo noi affermare, giusta il sistema di Gosia, che, nonostante l'errore scusabile da parte del creditore, o del dolo da parte della donna, la intercessione è nulla *ipso iure* se non venne redatta in un pubblico documento da 3 testimoni sottoscritto? Moltissimi sono gli scrittori che si schierano contro tale affermazione, quali, tra gli altri, l'Arndts (2), il Girtanner (3), il Windscheid (4) ed il Van-Wetter (5), ecc. « *Wie kann man von Jemand* — esclama Windscheid — *verlangen, dass er einer Vorschrift nachkomme, wenn. er gar nicht weiss, dass der Fall vorliegt, in welchem die Vorschrift Platz greift* » (6). Lo stesso Vangerow, che della teorica di Martino ebbe a dire « *Fasst man Justinian's Konstitution unbenfangen auf, und lässt sich bei ihrer Auslegung nicht durch ungehörige Billigkeits- und Zweckmässigkeits-Rücksichten leiten, so kann meines Erachtens nur die Meinung des Martinus als die richtige angesehen werden* » (7), esclude cotesti casi, aggiungendo che Giustiniano nella L. 23 cit. non potè neppure pensare ad essi; « *nicht an solche Fälle denken kann* » (8). Sarebbe stata una vera mostruosità giuridica la condizione di quel creditore, il quale verrebbe colpito perchè, non sapendo e non potendo sapere che trattavasi di uno di quei

---

(1) Windscheid, « *Arch. f. civ. Pr.* », xxxii, S. 316 fgg. — Girtanner, cit., S. 344 fgg. — Cfr. anche Otto Wendt, *Lehrbuch der Pandekten* (Jena 1888), § 272, S. 650.

(2) Arndts, loc. cit.. — « Nach, dice l'Arndts, dem Inhalt und Geist des betreffenden Gesetzes selbst ».

(3) Girtanner, cit., S. 141 fg. u. S. 351 fgg.

(4) Windscheid, § 488, not. 5.

(5) Van Wetter, *Les obligations en D. R.*, T. i (1883), § 38, pagina 197 et 198.

(6) Windscheid, loc. cit. — Cfr. Vangerow, § cit., Anm. 2, Nr. 2, S. 158 fg.

(7) Vangerow, cit., S. 156.

(8) Vangerow, cit. S. 158.

casi in cui la solennità dell'atto pubblico era prescritta, tale solennità ha trascurato. Ammettere una tale dottrina, sarebbe rendere ogni negozio con una donna impossibile od almeno assai pericoloso senza un atto pubblico firmato da tre testimoni, imperocchè di leggieri si comprende che in quasi tutti i varî negozî giuridici, può esservi nascosta una intercessione di donna. L'esame dei testi, concernenti coteste ipotesi, persuade vieppiù della bontà dell'argomentazione di Vangerow.

PROVINCIA DI TORINO

Gli imperatori più volte confermarono la validità delle intercessioni in queste due ipotesi.

X. — Ci apprende Ulpiano, libro vicesimo nono *ad edictum*, che gli imperatori Pio e Severo rescrissero che il Scto porga aiuto alle donne « *si non callide sint versatae* » (1). Le parole del Scto esprimevano il principio nella sua generalità, comprendendo tutte le intercessioni di donna e non distinguendo punto se fraudolentemente la donna avesse agito onde ingannare il creditore, o se invece essa fosse stata ingannata. Le parole del Scto dovevansi quindi, come dice Ulpiano, *excutere;* ed è appunto dalla loro esamina, data la ragione che dettò il Scto, che ne dovette scendere la illazione che non se ne potesse giovare la donna ingannatrice: « *bene igitur* — osserva a tal riguardo Ant. Fabro — *ab imperatoribus constitutum est, deceptis mulieribus non decipientibus succurrendum esse* » (2).

Importantissima è su ciò la costituzione 5 Cod. h. t. data nel 977 ab. u. c. da Alessandro Severo a Popilia. La fattispecie era questa: un marito aveva vincolati i beni della moglie al proprio creditore: chiedevasi se la moglie poteva gio-

---

(1) L. 2, § 3 D. h. t. — Diceva un rescritto di Severo: ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ.

(2) Ant. Fabri, *Rationalium in tertiam partem Pandectarum*, tomus secundus (Lugduni, 1663), ad. l. 2 C. h. t., pag. 281 et 282. — Vedi Paulus, libro sexto ad edictum D. L. 17, 110, § 4, ediz. Mommsen, II, pag. 963.

varsi del Scto. Alessandro, applicando i principii invalsi nella giurisprudenza dapprima e nelle costituzioni imperiali dappoi, giusta lo spirito del Scto, rescrisse essere necessario innanzi tutto distinguere se vi fu o no il consenso da parte della moglie. Se non vi fu il suo consenso nè espresso, nè tacito, perchè essa ignorava o sapendo si oppose, « *res non tenentur* ». Se per contro intervenne il consenso, fa d'uopo ancora suddistinguere se esso fu espresso o tacito. Nel caso di consenso espresso, sciente il creditore, « *auxilio Senatusconsulti uti potest* ». Che se vedendo il marito, allorquando obbligava le cose sue, essa abbia taciuto, in allora è mestieri ricercare se essa tacque *sine dolo*, verbigrazia, per timore riverenziale, chè in tale ipotesi essa ben può giovarsi del Scto, giacchè il dolo dalla sola presenza e pazienza non viene provato (1), o se invece essa tacque per ingannare il creditore che diede il danaro a prestito, e quivi « *non succurretur Senatusconsulto quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est* » (2). Quale esempio di quest'ultima ipotesi può servire la fattispecie posta e decisa da Sesto Cecilio Africano, nel libro quarto *Quaestionum*, quasi un secolo prima del citato rescritto di Alessandro (3). Seguendo i Basilici (4) e le esplicazioni date da Cuiacio (5) e da Ant. Fabro (6), l'ipotesi di Afri-

---

(1) Interpretazione controvertibile; contro: la *glossa*, perchè la donna può impedire l'atto contraddicendo, e quindi *patientia* debbe aversi *pro consensu*. — Nel senso nostro Petrus Jacobi, Cino e Baldo.

(2) Cfr. *Glossa* (ediz. cit.), ad l. 5 Cod. h. t., col: 835 et 836. — Basilic., 26, 7, 69 (ediz. cit.), T. III, pag. 143 e 144. — Paul. de Castr., cit, fol. 205. — Saliceto, cit., col. 796. — Donello, cit., col. 750, n. IV. — Perezius, cit., pag. 214. — Brunnemann, cit., pag. 338. — Aloysius Riccius, *Collect. decis.*, p. 4, col. 1165.

(3) D. h. t. 17, § 1.

(4) Basil., 26, 7, 48 (ediz. cit.), T. III, pag. 141.

(5) Jacobi Cuiacii, *Opera*, Venetiis, 1758, T. primus, col. 1137 et 1138.

(6) Ant. Fabro, cit., pag. 297 et 298.

cano può essere posta così: Mevia aveva portato in dote 100 ed inoltre aveva dato a credito al proprio marito 50; il marito e per la garanzia della dote (1) e per il mutuo, diede una determinata cosa in pegno alla moglie. Poscia Mevia asseriva che il pegno le era stato dato per la dote e taceva completamente intorno al danaro da lei mutuato al marito, e per cui pure le era stato rilasciato il pegno. Laonde Seio, creditore del marito, ignaro affatto dell'altro credito, si dichiarò pronto a fornire il danaro della dote, nel caso di divorzio, onde ricevere per tal modo dal marito il medesimo pegno, col consenso della moglie. Così avvenne. Seio rimborsò la dote, cioè 100 ed ebbe il pegno che era stato dato a Mevia. Ma in seguito Mevia intenta azione contro Seio, possessore del pegno, conservando tuttora su di esso un credito ipotecario in virtù del mutuo di 50 fatto al marito. Seio allora oppone: « *si non voluntate eius pignus datum esset* ». Domandasi: può Mevia respingere la eccezione di Seio, mediante il beneficio del Scto? Rispose Africano negativamente, essendo il creditore stato tratto in inganno pel doloso silenzio intorno al mutuo (2).

Da ultimo per quanto concerne il dolo dobbiamo ricordare il rescritto di Diocleziano e Massimiano del 294 in cui è detto: « *Feminis alienas novas vel veteres obligationes aliqua ratione suscipientibus subvenitur, nisi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus sit; nam tunc repli-*

(1) Vedi Ulp., D. xxiv, 1, 7, § 6. — Id. D. xxiv, 3, 24, § 2.

(2) La *glossa* (ediz. cit.), ad l. 17, § 1, v. *scisset*, col. 1585, non intravedeva nella fattispecie di Africano un'intercessione, « nam pro remissione pignoris non habet locum Senatusc. »; oppure « quia passa est rem sibi obligatam obligari ». — Vedi Deurer, *Ueber den Begriff des intercessio*, im « *Arch. f. civ. Pr.* », Bd. 28, S. 413 fgg. — Bachofen, cit., S. 51 fg. — Vangerow, iii, § 577, Anm. i, 1, S. 129 fg. — Windscheid, § 485, Not. 8. — Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. 2 (Erlangen, 1879), § 261, S. 234, Not. 17. — Otto Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, ii, Kapitel « *Intercessionen der Frauen* », Berlin, 1887, S. 165. — Cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, ii, S. 545 fg.

catione doli Senatusconsulti exceptionem removeri constitutum est » (1).

XI. — Alla stessa guisa in cui trovammo soventi volte confermato dagli imperatori il caso eccezionale del dolo, trovasi sancito dalla imperiale autorità il principio che valida debba essere l'intercessione di donna se vi fu scusabile errore da parte del creditore; ipotesi questa che ha grande attinenza colla precedente e quasi viene a confondersi con essa. Il criterio distintivo è quello dato da Windscheid (2): nel caso dell'inganno la donna non viene soccorsa, anche se l'errore del creditore non fosse scusabile.

Perchè abbia luogo il Scto non è necessario che la donna apertamente interceda, e quindi ha pur luogo quando di collusione col creditore venne fatta frode ad esso Scto (3), o interponendo la donna la persona di un altro per non far apparire che essa intercede, o interponendo se stessa a vece di colui a cui favore vuole intercedere, facendo emergere per tal modo che essa contrae *principaliter*. È evidente che conoscendo il creditore il vero stato delle cose, per quanto si riferisce al diritto iustinianeo, se intervenne l'atto prescritto dal § « *ne autem* » contro di lui abbia luogo la *exceptio Scti Vellei.*, e se quell'atto non ebbe luogo il negozio sia nullo *ipso iure*. Elegantemente sentenziava Paolo nel decimosesto libro dei *Responsi:* « *Ea quae in fraudem Scti, quod de intercessione feminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere* »(4). Ben diversa invece debbe essere la condizione del creditore di buona fede, il quale si trovi in uno scusabile errore, ignorando che la donna intercede e credendo che ella si obblighi per se stessa; talchè se questo errore non avesse in-

(1) L. 18 Cod. h. t.
(2) Windscheid, § 486, Not. 2.
(3) Vedi Pothier, *Pandectae Justinianeae*, T. primus (Parisiis, 1818), pag. 484-489.
(4) D. h. t. 29, § 1.

fluenzato la volontà sua, egli avrebbe agito diversamente (1). Il principio è posto da Paolo, *libro sexto Brevium*; « *tunc locus est Scto quum scit creditor eam intercedere* » (2), ed è dedotto dal noto apoftegma, riportato da Ulpiano nel libro 66 *ad edictum*: « *nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt* » (3). Di tale principio sono ben compresi gli imperatori ed appena se ne presenta l'opportunità lo rammentano nei loro rescritti. Così Caracalla, confermando nel 965 ab. u. c., a Lucilla il disposto del Scto, vi aggiunge: « *si id contrahentes non ignorant* » (4): del pari Alessandro Severo nel 977, risolvendo il caso sottopostogli da Popilia, vuole, perchè si possa usare del Scto, la scienza nel creditore (5), e non altramente Gordiano il quale nel 991 principia il suo rescritto a Viviano dicendo: « *si sciens creditor* » (6).

XII. — Eccettuare dalla norma del Scto Vell. il caso del dolo e quello dell'errore è un legittimo corollario che scende dalla natura stessa del Scto; onde, ben a ragione, von Vangerow asseriva che a tali casi Giustiniano non ebbe certamente a pensare, allorquando sanciva la novella disposizione del § « *ne autem* ». Ma a questo punto una grave ragione di dubitare si presenta: che cosa ha voluto Giustiniano significare coll'espressione: « *et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum... ab imperiali auctoritate introducta sunt* »? Ha per avventura Giustiniano con tali parole alluso a quelle disposizioni imperiali che in senso negativo vennero a dar norma al Scto? ma esse si limitano ai casi finora esaminati, i quali in verun modo

---

(1) Vedi G. P. Chironi, *Istituzioni di dir. civ. it.*, I (1888), § 59, pag. 97, e autori ivi citati.
(2) D. h. t. 12.
(3) D. L. 17, 145.
(4) C. h. t. 1.
(5) C. h. t. 5.
(6) C. h. t. 7.

vennero a cadere sotto il disposto del § « *ne autem* » sia che si tratti delle disposizioni introdotte da Giustiniano, le quali tutte debbono essere risguardate cogli stessi criteri con cui viene intesa la intercessione muliebre mediante compenso, la quale irrefragabilmente debbe essere ritenuta valida qualunque ne sia stata la forma, sia che si tratti di quelle ultimamente esaminate, le quali, per quanto sorte nella giurisprudenza, venivano considerate quale opera degli imperatori, perocchè confermate frequenti fiate da essi, attalchè Ulpiano dica che in virtù dei rescritti di Pio e di Severo si aiutano le donne ingannate e non le ingannatrici. Fuori di questi casi eccezionali assolutamente altri non ve ne furono, la cui introduzione possa essere attribuita all'imperiale autorità. Le eccezioni al Scto furono sempre assai limitate e la maggior parte di esse sono per lo appunto quelle già riportate, che si racchiudono in quei noti versi a scopo mnemonico:

Casibus in senis mulier spondendo tenetur:
Pro libertate, pro dote, renuntiat, et si
Decipiat, pretium capiat, caventque secundo.

Ma intanto da tutto ciò che si deduce? Che è affatto impossibile che le surriferite parole di Giustiniano alludano ai casi eccezionali, cadendo per tal modo un'argomentazione da taluni ritenuta decisiva, che cioè di fronte a sì esplicita dichiarazione della legge ogni eccezione venga tolta di mezzo colla mancanza della prescritta formalità. Ed allora le parole della legge debbono avere un ben altro significato; esse si dovranno riferire a tutto quanto ha attinenza positiva collo istituto speciale della intercessione delle donne, a tutto quanto entra nell'orbita del Scto, senza accennare neppur lontanamente a tutto ciò che, per una causa o per un'altra, non vien più a cadere nella sfera del Velleiano, come avviene precisamente per i casi eccezionali, i quali, una volta sanciti, cessano di avere qualsiasi rapporto collo

istituto speciale, ed entrano nello *jus* comune, a norma del quale una intercessione è valida, sia essa fatta da un uomo o da una donna, chè è falso quello che asseriva Schilter, che per lo stesso diritto naturale non vi possa essere mallevadoria muliebre. Se in D. R. venne inibito alle donne di intercedere, questo fu causato da peculiari considerazioni, laonde lo istituto giuridico sulla intercessione delle donne appartiene allo *jus singulare*. Epperò appena in una data contingenza non ravvisavasi l'opportunità di applicare il disposto di tale istituto, e veniva legalmente sancito il caso eccezionale, questo rientrava ben tosto nel diritto comune e più nulla aveva ad influire su esso il Scto. Quindi tuttavolta si parlava del Scto, ossia di tutte le disposizioni « *de intercessionibus feminarum* », non era possibile alludere a que' casi per cui il Scto non esercitava la propria autorità, e ad essi non certo alluse Giustiniano colla sopra riportata espressione del § « *ne autem* ». Marcus Silanus e Vellaeus (1) Tutor avevano emanato il principio puramente e semplicemente, ed è per questo che tosto si sentì la necessità di esplicarlo, di risolverne i casi dubbî, di illustrarlo, ciò che fecero in gran parte molte costituzioni imperiali, le quali servirono a dare al Scto tutto il necessario svolgimento. Tale la L. 3 Cod. h. t., che insegna che la donna non può obbligarsi neppure per il proprio figlio; la L. 8 Cod., per la quale la donna non può obbligarsi per il proprio padre; la L. 1 Cod. v, 46, che è un rescritto di Alessandro Severo: « *suo potius periculo magistratus tutores, quos petiisti, dederunt, quam tu* — dice l'imperatore, rivolgendosi a Brutia, che ne lo aveva richiesto — *contra sexus conditionem ..... obstricta es* »; la L. 6, § 2 C. h. t., a mente della quale la madre che abbia spontaneamente prestato mallevadoria per il tutore che essa richiese è pro-

(1) Bruns, *Fontes iur. rom. ant.* (1887). — Klein, *Fasti consulares*, pag. 33.

tetta dal Scto contro l'obbligazione che essa ha assunto verso il pupillo di pagare ciò che non potesse, *per avventura*, conseguire dal tutore (1); tali le LL. 14, 15, 20 Cod. h. t., per cui l'*exceptio Scti* è concessa non sola alla donna, ma eziandio a chiunque rimase obbligato in conseguenza dell'intercessione, e così ai fideiussori della donna, ai mandatari di essa ed ai suoi eredi; e via dicendo... Che anzi la legge di Marcus Silanus e di Vellaeus Tutor non solo fu in seguito ampiamente interpretata, ma ebbe a ricevere maggiore estensione. E di vero, di fronte alle parole della legge, a parer mio, non può esservi dubbio, checchè ne dicano gli scrittori, da Jacques Chassier (2) ai più recenti (3), che il Velleiano abbia vietato unicamente alle donne di intercedere per altri mediante la fideiussione e la contrattazione di un mutuo: « *quod ad fideiussiones et mutui dationes quibus pro aliis intercesserint feminae* ». Fu la giurisprudenza che estese il divieto a tutte le forme d'intercessione (4), e non mancano costituzioni imperiali le quali concorsero a tale estensione del Velleiano (5). Nè regge l'argomentazione avversaria che il dubbio a cui può dar luogo la espressione della legge è tolto dalle parole di Paolo: « *Velleiano Scto plenissime comprehensum est ne pro ullo feminae intercederent* »; giacchè Paolo scrisse oltre un secolo e mezzo (6) dopo la emanazione del Scto, il quale naturalmente all'epoca di Paolo era per avven-

---

(1) La L. 3, Cod. v, 46 ha una disposizione a cui si può applicare l'apoftegma della L. 2, § 3 D. h. t.

(2) J. Chassier, *Diatr. ad Senatusconsultum Velleianum in Opp.*, Paris, 1617.

(3) Non mancano però gli scrittori i quali sostengono la teorica da noi accolta. Vedi Maynz, II, § 265, pag. 442, n. 4; Ronga, II, pag. 332. — Vedi pure Arndts-Serafini, II, § 359, not. 1.

(4) Ronga loc. cit. — D. h. t. 2, § 4; 6; 7; 8, § 8; 14; 17, § 2. — D. XIII, 5, 1, § 1.

(5) C. h. t. 4, 5, 7.

(6) Mommsen, Z. R. G. IX, S. 115.

tura già stato esteso a tutte le specie di guarentigie convenzionali per parte di donna (1).

Da ultimo, il Scto, come già ebbi ad avvertire fin da principio, non fece che estendere la portata degli editti di Augusto e di Claudio, i quali continuarono però sempre ad avere il loro vigore. Dapprima, dice Ulpiano (D. h. t. 2 pr. et § 1), cogli editti di Augusto e di Claudio venne inibito alle donne di intercedere per i loro mariti, poscia tale inibizione fu estesa *feminis omnibus*, cioè a tutte le donne che intercedessero per altri che non fossero loro mariti; epperò rimasero nella legislazione romana due disposizioni, una per proibire le intercessioni delle donne per i propri mariti, l'altra per proibire quelle fatte per estranei. Che così avvenisse lo hanno dimostrato l'Hofmann ed il Kattenhorn (2), per quanto il pensiero loro sia stato strenuamente combattuto dalla maggioranza degli scrittori (3), ma con argomenti che ritengo tutt'altro che decisivi, come il dire che Ulpiano non fa menzione degli editti che da un punto di vista storico, il che invero non risulta dal frammento del giureconsulto, come pure l'obiettare che dall'intiero contenuto dei titoli del *Digesto* e del *Codice* sul Scto Vellei, risulta che le intercessioni delle donne maritate non sono punto trattate in guisa diversa da quelle delle altre donne, imperocchè l'identità di trattazione non toglie la diversità della fonte legislativa.

Da tutto quanto si è detto è facile comprendere come, volendo Giustiniano innovare il sistema del Scto, abbia

---

(1) Vedi sulle guarentigie convenzionali: Chironi, op. cit., II (1889), § 311 sgg., pag. 75 sgg. — Vedi l'esplicazione di Gradenwitz, cit., S. 71 fg. che limita il Scto alle obbligazioni fatte per altri.

(2) Hofmann, *Giess. Zeitschr.*, XIV, S. 226 fgg.; Kattenhorn, cit., S. 24 fg.

(3) Sintenis, in « *Sell's Jahrb.* », II, S. 374 fgg.; Vangerow, III, § 581, Anm. 3, S. 160.

usato l'espressione: « *et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum..... ab imperiali auctoritate introducta sunt* », senza che per questo egli abbia inteso di accennare ai casi eccezionali; tale espressione comprende l'istituto della intercessione della donna quale venne formandosi dai primi editti di Augusto sino agli ultimi ritocchi portativi dagli imperatori (considerato l'istituto dal suo lato positivo, cioè in quanto trova la propria applicabilità; lasciati a parte per conseguenza i casi in cui non veniva applicato per ragioni di diversa indole). E così mentre l'esame d'ogni singola eccezione introdotta dall'imperiale autorità porta a ritenere che ad esse Giustiniano non ha alluso, al medesimo risultato conduce l'esame stesso della frase in questione.

Quanto poi all'altro inciso: « *Vel veteribus legibus cauta* » (*et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt*), maggiormente si confanno le cose dette per l'altra parte della frase, e quindi tale dicitura non è certo un argomento decisivo per ritenere che i casi eccezionali debbano soggiacere alla regola del § *ne autem* ».

XIII. — Venendo ora alle eccezioni sorte nella giurisprudenza, di esse alcune vengono racchiuse in quelle *ab imperiali auctoritate* sancite, altre a queste molto si avvicinano in guisa che non vi sarebbe stato alcun motivo di dare ad esse un diverso trattamento. Quanto alle rimanenti è facile persuadersi come Giustiniano non vi abbia recato veruna innovazione. Dice Ulpiano, libro vicesimo nono *ad edictum*: « *Plane si mihi proponas mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit restitutoria eam conveniri posse, sed et directa actione, nihil enim eius interest, qua actione conveniatur* », (D. h. t. 8 § 13). La donna divenuta erede dell'antico debitore per cui essa aveva interceduto, indarno si gioverà della eccezione del Scto, inquantochè ciò che doveva *ex sua persona*, lo dovrà *ex persona debi-*

toris. È meglio e più spedito il negare addirittura ad essa la eccezione del Velleiano, che convenirla coll'*actio restitutoria*. La donna in tale contingenza sostiene le parti di due persone e due obbligazioni, una *ex persona propria*, giacchè intercedette per un'altra, l'altra *ex persona debitoris* da lei liberato mediante la sua intercessione. La prima obbligazione è inefficace per l'autorità del Scto, ed il creditore non può agire, perchè la sua azione verrebbe respinta dalla eccezione perpetua (1); la seconda invece è completamente valida per il principio ricordatoci da Papiniano, libro XXVIII « *Quaestionum* » (D. XLVI, 3, 95, § 2). (2) Ora poco monta vi sia o no in tal caso l'atto pubblico, chè il fatto stesso d'essere divenuta la donna erede del debitore principale, la obbliga senz'altro (3). Pomponio nel libro primo « *Senatusconsultorum* » riferisce che qualora la donna fosse decisa ad assumere giudizio per colui, pel quale ha interceduto, perchè non venga data azione contro il primo debitore, potendo essa opporre l'*exc. Velleiani*, dovrà dar cauzione che non userà della eccezione e che assumerà il giudizio (D. h. t. 32, § 4). Abbiamo in tale fattispecie un fatto consimile a quello della legge ultima del Codice v, 35, perchè qui eziandio una volta rinunciato al Scto, questo non può assolutamente più essere applicato. Per ultimo ci siamo riservati di occuparci della eccezione, di cui in Gaio, libro quarto *ad edictum provinciale*: « *Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec si solvenda*

---

(1) Vedi A. Fabro, cit., pag. 290.
(2) Vangerow, cit., S. 151 fg.
(3) Sintenis, in « *Sell's Jahrb.* », S. 367, fgg., und *Pand.*, II, § 129, Not. 88. — Mühlenbruch, *Pand.*, § 489. — Girtanner, cit., S. 354 fgg.

sit prior debitor, *alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio* » (1). Quando adunque il creditore verso il quale la donna si sia obbligata a favore di un altro, è un minore, può essere respinto coll'*exceptio Scti Vellei*, e rimandato a perseguitare il suo debitore primitivo. Viene però fatta eccezione al Scto qualora il debitore primitivo fosse per avventura insolvibile. Due interessi si trovano di fronte: « *es collidirt*, — dice Baron —, *in diesem Falle das Privilegium eines Minderjährigen mit dem einer Frau, und es geht das erstere vor* » (2). La donna resterà quindi obbligata malgrado il Scto. Il *beneficium aetatis* ha ugualmente il sopravvento sul « *Macedoniano* » — « *magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habeatur* » — insegnano Giuliano nel libro quarto dei *Digesti*, Marcello nel secondo dei *Digesti* ed Ulpiano nel libro undecimo *ad edictum* (D. IV. L. 11, § 7). Tra i seguaci di quella scuola che, condividendo l'idea di Martino, la attenua però assaissimo col distinguere tra le varie eccezioni, ammettendo le une ed escludendo le altre, mentre regna la più grande discordia nel decidere quali siano le eccezioni che debbono sottostare al § « *ne autem* » e quali no, discordia che è bella prova della non bontà del sistema, non vi ha alcuno, il quale ammetta la validità dell'intercessione con un creditore minorenne per un debitore insolvibile, dopo il § « *ne autem* » se non intervenne l'atto pubblico: Tutti, e tra gli altri Suse, Glück, Thibaut, Kritz, Bucher, Sintenis, Schweppe, Seuffert, Wening, Mühlenbruch, Pu-

---

(1) D. IV, 4, 12. — Bas., 10, 4, 13. — Glossa (ediz. cit.), col. 551. — Glück, II, S. 27, und XV, S. 22. — Girtanner, S. 346. — Vangerow, § 581, Anm. 1, Nr. 7, S. 152. — Windscheid, § 486, Nr. 7. — A. Freiherrn von Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Bd. III, Leipzig, 1881, § 314, zu *b*), S. 1019. — Baron, § 13 und § 255. — Cfr. anche Röslin, *Abhandlung von besondern weiblischen Rechten*, Stuttgard, 1779, Thl. II, § 17, S. 109.

(2) Baron, § 255.

chta, Göschen, Vangerow, Arndts, Windscheid, Bachofen, Girtanner, Hasenbalg, Van Wetter, Maynz, Baron, etc., sono concordi nel ritenere cotesto caso soggetto alla regola del § *ne autem* ». Ma una volta provato che tutte le altre eccezioni non sono state da Giustiniano comprese nell'innovazione del § 2 della L. 23 cit., come mai si può ammettere che colle espressioni generali della legge 23 si sia voluto indicare cotesto caso eccezionale? Tanto più che il *beneficium aetatis* fu sempre a Roma tenuto in grandissimo conto, e parmi impossibile che senza una espressa disposizione l'imperatore abbia voluto solo pel fatto della mancanza dell'atto pubblico colpire cotanto il minorenne allorquando il suo debitore primitivo fosse insolvibile, e una donna avesse prestato garanzia. Suse (1) ebbe a dire che il minorenne presso il quale una donna consenta ad una intercessione senza la prescritta formalità e quindi nulla, può sempre servirsi di una *restitutio in integrum*, ma come si può parlare di *restitutio in integrum* se l'intercessione è secondo Suse giuridicamente inesistente? nè valga il dire: « *ut minor non tam restituatur contra singulam intercessionis speciem, quam contra ius singulare feminae et sublatae obligationis, quo vigente damnum esset passurus* ». Non si ha quindi ragione che questo debba andar retto da norme diverse di quelle che regolano gli altri casi eccezionali, i quali non furono senza dubbio sottratti al disposto del § 2 L. 23 citato.

Adunque non meno falsa della teorica di Martino, è la teorica di coloro i quali vogliono distinguere tra le varie eccezioni.

XIV. — Altre dottrine furono poste innanzi per interpretare il § « *ne autem* ». Ricorderò quella di Matteo Wesenbeck, il quale ritenne che il citato § non richiede per

(1) Suse, cit., § 48.

ogni intercessione di donna la formalità dell'atto pubblico, sottoscritto da tre testimoni, chè è indifferente vi sia o no lo scritto; solo che, volendosi intercedere per mezzo di scrittura, in allora fa d'uopo di quella solennità: « *textus in d. § ult. diserte loquitur in eo casu, quando in scriptis contrahitur; alioqui si sine scriptis licebit utique* » (1). Ma basta leggere la costituzione di Giustiniano per persuadersi che l'interpretazione data dal Wesenbeck non può in verun modo essere accolta.

Altra teorica è quella di Matt. Berlich, il quale, dopo aver affermato che la natura del Scto Vell. è tale che ad esso non si può rinunciare, ammette alcune eccezioni a cotesto principio, e cioè: 1° se si tratta della tutela dei figli; 2° se la rinuncia è confermata da giuramento; 3° sè la donna, dopo un biennio dal giorno dell'intercessione, ha rinunciato al Velleiano; 4° se la rinuncia è fatta colle formalità del § « *ne autem* » (2). Ma, diremo col Brunnemann, « *nec amittenda sententia Berlich, qui hunc § ad renunciationem restringit, cum tamen de renunciatione hic non agatur* » (3).

XV. — Ha maggior importanza e merita maggior considerazione la dottrina di Valett (4). Valett seppe ammettere, contrariamente alla falsa dottrina di Martino, ed alla falsissima dottrina di coloro che distinguono tra le varie eccezioni, che la formalità di un atto pubblico non è punto necessaria nei casi eccezionali in cui la donna è efficacemente obbligata per la sua intercessione. Ma Valett so-

---

(1) Matthaei Wesembeci, *Commentarius posthumus in quartum librum Codicis*, studio Bulacheri (1616), lib. IV, tit. XXIX, Nr. 13, col. 1444.

(2) Matthia Berlichio, *Secunda pars conclusionum practicabilium* (1651), conclusio XIX, Nr. 25 sqq., pag. 122.

(3) Brunnemann, cit., p. 343.

(4) Valett, *Lehrbuch der Pandekten*, Goetting, 1828-1829, § 584.

stiene eziandio che, allorquando la formalità dell'atto pubblico fu osservata, per questo solo la donna è efficacemente obbligata in tutti i possibili casi, senza poter mai opporre il Scto all'azione diretta contro di essa. Il Kattenhorn (1) ha aderito completamente all'idea di Valett, traendo anche argomento dal tenore stesso della legge e dalle frasi « *tunc enim tantummodo eas obligari, ne perperam ... sese interponant* », per le quali, secondo Kattenhorn, è chiarito il volere dell'imperatore, che la donna resti obbligata in modo assoluto. Anche Paul Gide (2) ha difeso questa nuova dottrina; eccone il ragionamento: « Giustiniano mantenne la validità dell'intercessione, purchè vi fosse una giusta causa (*pro libertate, pro dote*), o si potesse riconoscere nell'intercedente una volontà seria e costante di obbligarsi. Così la intercessione sarà valida se la donna dichiara che essa ha ricevuto qualche cosa per compenso della sua intercessione, e l'ordine, che una tale dichiarazione sia sempre ritenuta per vera, dimostra come Giustiniano voglia evidentemente procurare alla donna un mezzo comodo per eludere la difesa del Scto. Infine l'intercessione sarà valida se fatta per atto pubblico. Questa ultima innovazione di Giustiniano non è che lo sviluppo delle precedenti: basta, per render valida la mallevadoria muliebre, che essa abbia manifestato una ferma volontà di obbligarsi, sia confermando e rinnovando la sua promessa, sia dichiarando che ella ebbe un interesse personale ad intercedere, e non sarà lo stesso quando la intercessione presenterà le migliori garanzie possibili di una volontà libera e riflessiva, vale a dire le solennità tutelari di un atto pubblico? Così interpretata, nulla di più logico che quest'ultima decisione di Giustiniano, nulla di più logico che tutto il complesso delle sue riforme. Esse si rias-

---

(1) Kattenhorn, cit., § 69, S. 174 fgg.

(2) Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme* (2e éd. par A. Esmein), Paris, 1885, liv. II, chap. II, pag. 192 suiv. et n. 4.

sumono in ciò: invece di colpire l'intercessione delle donne con un divieto assoluto, come aveva fatto il Senato, Giustiniano si contentò di circondare quest'atto e di formalità e di garanzie ». Dopo tali considerazioni, nella nota lo Gide così interpreta il § « *ne autem* »: « Una cosa sola è chiara in esso ed è che se la donna, obbligandosi per un'intercessione proibita, trascura la formalità di un atto pubblico, la intercessione sarà nulla, non più *exceptionis ope*, come sotto l'impero del Scto, ma *ipso iure*. Ma debbesi inoltre dedurre da questa legge, colla maggior parte dei commentatori: 1° che l'intercessione per atto pubblico non è punto valida, ma è nulla *excepionis ope;* 2° che l'intercessione senza atto pubblico è nulla anche nei casi eccezionali, in cui l'intercessione è autorizzata e dichiarata valida da Giustiniano stesso? Senza dubbio tutti i principî respingono coteste due conclusioni, e nulla nel testo le sanziona ». Se da una parte Valett, Kattenhorn e Gide meritano somma lode per avere in questo secolo dimostrato, contro la grande maggioranza degli scrittori, l'assurdità di estendere la sanzione del § « *ne autem* » ai casi eccezionali, d'altra parte però è impossibile accogliere l'idea loro che l'atto pubblico renda assolutamente e validamente obbligata la donna, la quale abbia interceduto con tale formalità, avvegnachè Giustiniano, prevedendo precisamente il caso in cui la forma da lui prescritta venga osservata, dice nettamente che *allora* (*tunc*) sarà applicato tutto ciò che le antiche leggi e le imperiali costituzioni abbiano per avventura statuito relativamente all'intercessione di donna. Le parole di Giustiniano sono lungi dal voler significare che allora la donna sarà sempre validamente vincolata, poichè le antiche leggi e le costituzioni hanno al contrario stabilito che la donna non possa efficacemente vincolarsi per intercessione. Dice Valett che questa sua idea vide accennata nella glossa, per quanto da Accursio respinta; orbene ciò non è assolutamente vero, chè la glossa nulla

contiene che possa anche lontanamente avvicinarsi al pensiero di Valett (4).

XVI. — Quegli che seppe intuire il vero significato della c. 23 cit. fu, a parer mio, il glossatore Bulgaro, il quale, come Azone ed Accursio ci riferiscono, rettamente insegnava doversi tenere ben distinto se anteriormente alla c. 23 la donna poteva giovarsi del Scto, o se per contro non poteva valersene. Nel primo caso, mentre dapprima era tenuta ma aveva la *exceptio Vellei*, per il § « *ne autem* » invece essa rimane illesa *ipso iure* se non intercede in un istrumento pubblico, sottoscritto da tre testi. Nel secondo caso, abbia o no ricevuto il danaro, abbia o no interceduto in un documento pubblico, il § 2 debbe intendersi nel senso che essa è sempre tenuta *cum effectu*, e, che così sia, il tenore delle due costituzioni che seguono, lo prova (2). Così si esprime Accursio: « Bulga *dicit hunc* § *nihil innovare in his casibus ubi Velleianum mulieribus olim non succurrebat: sed in illis tantum ubi ab obligationibus eas eximebat: in quibus nisi sic intercessio fiat in scriptis, servantur ipso iure illaesae: sed si fiat intercessio hoc modo, tunc ope exceptionis* » (3).

La teoria di Bulgaro è quindi diametralmente opposta a quella di Martino, e la lotta tra i due dottori dovette essere abbastanza accentuata, sopratutto intorno all'idea di Martino che la L. 23 cit. dovesse venir letta alla fine del titolo « *ad Sctum Velleianum* », come può vedersi nella *vetus collectio* (4) ed in Rogerio (5). E l'opinione di Bulgaro ebbe ben tosto a trionfare e ad avere il sopravvento su

---

(6) Vedi Vangerow, III, S. 156 fg.
(7) Azone, cit., pag. 313.
(8) Accursio (ediz. cit.), ad L. 23 cit., col. 846.
(9) *Vetus collectio*, § 79, *in dissensiones dominorum* (edidit Gustavus Haenel, Lipsiae, MDCCCXXXIV, pag. 61).
(1) Rogerius, *De dissensionibus dominorum*, § 82, (Haenel, cit., pag. 115).

quella di Martino. Invero gli altri due dei « *quatuor doctores* » e cioè Jacobus de porta Ravennate ed Ugo condividono completamente il pensiero di Bulgaro (1), che vien pur accolto da Rogerio, da Alberico, da Giovanni Bassiano (2) da Vacario (3) e da quasi tutti gli altri glossatori, quali Azone (4), Ugolino (5), Accursio (6). Così Accursio, dopo aver riferito le due opinioni, dapprima quella di Bulgaro ed in seguito quella di Martino, proclama: « *Prima opinio verior est* ». Ugualmente è da dirsi di Odofredo (7). I commentatori poi unanimi approvano l'opinione di Bulgaro; parlando di essa Alberico da Rosciate dice: « *Cuius opinio communiter per doctores approbatur* » e Bartolo senza esitanza si dichiara fautore di tale opinione (8). Da Bartolomeo Saliceto si apprende l'isolamento in cui venne lasciata l'opinione di Martino, mentre di quella di Bulgaro egli dice: « *Et istam opinionem tenent glossa et doctores et ego sequor* » (9). Lo stesso è a dirsi dei giuristi culti, ed il Raguello, discepolo di Cuiacio, afferma: « *Sequimur Bulgari sententiam* » (10). In Germania gli scrittori che si occuparono dell'argomento, anteriormente a Glück, si manifestarono quasi tutti caldi fautori dell'interpretazione di Bulgaro, tali Gerol. Treutler, Rein. Bachov, Wolf.

---

(1) Cfr. *Codicis Chisiani collectio*, § 110, (Haenel, cit., pag. 204). — Hugolini, *Dissensiones dominorum*, § 236, (Haenel, cit., pag. 421).

(2) Hugolini, loc. cit.

(3) Vacarius (ed. Wenck), lib. iv, c. 33, not. 157, pag. 240 sq.

(4) Azone, loc. cit.

(5) Ugolino, loc. cit.

(6) Accursio, loc. cit.

(7) Odofredus, in *Lect. sup.*, L. 23 Cod. h. t., fol. 244ª (Lugduni, 1519).

(8) Vedi Alberici da Rosate, cit., fol. 207, e Bartolo, cit., fol. 143.

(9) Bartolomeo Saliceto, cit., col. 808. — Vedi anche Paolo de Castro, cit., fol. 207.

(10) Raguellus, cit., pag. 237.

Lauterbach, Lud. Böhmer, Fr. Höpfner etc. (1). Ma principiato il secolo nostro gli scrittori, tranne rare eccezioni (2), si allontanano affatto dalla sentenza di Bulgaro; e lo stesso Windscheid che nel 1838 aveva nell'ottima sua dissertazione inaugurale « *de valida mulierum intercessione* » a pag. 47 e segg., § 8, difeso colla potenza dell'ingegno suo l'idea di Bulgaro, ebbe ben presto a confessare: « *Aber ich zweifele jetzt sehr an ihrer Haltbarkeit* » (3). Il fatto di una dottrina che, dopo di aver trionfato per tanti secoli, tutto ad un tratto vien posta in non cale dagli scrittori, potrebbe a prima fronte destare non poca maraviglia, qualora non si ponesse mente che il non aver più aderito ad essa non ha punto segnato il risorgere della opposta teorica di Martino, onninamente condannata dagli antichi scrittori, ma, come già ebbimo ad avvertire, diede origine ad un terzo sistema intermedio che venne formandosi a poco a poco tra i giuristi del secolo nostro. Cotestoro, esaminando esegeticamente la legge 23 cit., credettero che una frase — quella già da noi esaminata « *tunc etenim tantummodo* ..... » — distruggesse realmente il sistema di Bulgaro; ed una volta che di ciò si convinsero, trovaronsi naturalmente di fronte ad una grave difficoltà: posta la premessa che quella frase comprenda non soltanto la regola del Scto, ma le eccezioni eziandio, ne è logica naturale, necessaria illazione il sistema gosiano; ma l'assurdità di un tale sistema era palese e da niuno

---

(1) Hieronimi Treutleri, *Selectar. disput.* (1649), T. I, pag. 228, disp. XXV, Th. II, not. 6. — Reinh. Bachovio, *Notae et animadv. ad disput. H. Treutleri*, p. 939 sgg. — Lauterb. *Coll. theor. pract. ad tit. de Scto Vell.*, § 10. — Böhmer, in *Exerc. ad Pand.*, III, exerc. 50, cap. I, § 7, not. cc, p. 363. — Höpfner, *Komm.*, 838, Not. 3. — Vedi anche Frantzke, *Comm. in Pand. ad tit. de Scto. Vell.*, n. 35; e Röslin, *Abh. v. bes. weibl. Rechten*, Th. II, S. 185 fgg.

(2) Meister, *Prakt. Bemerk.*, II, 4. — Rosshirt, *Gem. Zivilr.*, § 511.

(3) Windscheid, § 488, Not. 5.

poteva essere impugnata. Taluni dei casi eccezionali erano tali che malgrado il § « *ne autem* », inteso giusta l'interpretazione di Martino, non era possibile farli entrare entro il disposto del detto §, donde la necessità di ricorrere a criteri esteriori proprii d'ogni singola eccezione, epperò vedremo von Wangerow dire che nulla ha da vedere con questo § il caso della donna che riceve un compenso per la sua intercessione, perchè quivi nella realtà la donna « *suum negotium gerit* »; vedremo Windscheid affermare che nessun rapporto havvi tra il § « *ne autem* » e la intercessione di donna quando vi è errore da parte del creditore o dolo da parte della intercedente, ignorando il creditore che nella specie di mallevadoria muliebre si tratti; vedremo Girtanner asserire che è quistione tutt'affatto indipendente dal § in esame il fatto di una donna che, dopo aver prestato securtà, doventa erede del debitore primitivo, avvegnachè la validità sia indipendente dall'atto di intercessione stessa; e così via per quasi tutte le eccezioni al Scto, tanto da arrivare o per una ragione, o per un'altra ad escluderle dal disposto del § ed a pervenire addirittura a risultati presso a poco identici a quelli a cui giungeva Bulgaro colla sua dottrina. Ed intanto cotesto novello sistema intermedio ha dato ben cattiva prova di sè stante l'incertezza che regna tra i sostenitori, di guisa che lo si debbe suddividere in un'infinità di sottosistemi, nei quali o si eccettua un solo caso, o più casi, ovvero tutti tranne quello di una intercessione verso un minorenne, lo che evidentemente deriva dalla mancanza di una norma certa e sicura, dipendendo ogni cosa dall'arbitrio dell'autore. Ma indipendentemente da ciò è la premessa che è senza dubbio errata. Noi già abbiamo dimostrato che le parole di Giustiniano concernono solo il Scto come regola e non il Scto come regola ed eccezioni ad un tempo. Del resto un argomento, che a me è sempre parso decisivo in favore della dottrina di Bulgaro, può inoltre essere tratto

dalla lettera stessa della legge. « *Sin autem* — è detto in essa — *extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta, nec penitus scripta, ut* (1) *nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto* ». Prescrive adunque l'imperatore che se le donne intercedenti non osservano la richiesta formalità, si terrà come nulla la loro obbligazione, sia essa *sine scriptis*, sia essa redatta con scrittura diversa da quella nella legge imposta, come se non fosse stata fatta, o nemmeno scritta. Tale è l'innovazione di Giustiniano; ma egli vi aggiunge ancora: « *Ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur* ». Ma che significano coteste parole? A che dovette alludere Giustiniano ponendo tale inciso? Qual ne fu la ragione che lo fece dettare e quale il pensiero del legislatore? Evidentemente il pensiero di Giustiniano era rivolto a que' casi in cui invocare si poteva l'aiuto del Scto; chè se egli avesse voluto racchiudere nella sua novella disposizione anche i casi eccezionali, non si sarebbe certo espresso in tali termini, perchè in questi casi non si invocava il beneficio del Scto, essendo in essi riconosciuta valida la intercessione. Per me l'aver Giustiniano, appena dopo sancita la nullità assoluta dell'atto che difetta della forma voluta, aggiunto: « *di guisa che non venga invocato lo aiuto del Scto*, ma la donna sia libera e sciolta *quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto* », è prova lampante, irrefragabile, inconcussa che Giustiniano intese puramente di occuparsi dei casi normali pei quali, anteriormente a lui, aveva luogo lo aiuto del Velleiano. Ne viene quindi che la dottrina di Bulgaro corrisponde perfettamente alle parole della legge, mentre all'opposto l'interpretazione che noi combattiamo apertamente vi contraddice. Non è adunque

(1) *Berolinensis*, 273, saec. XII ad libros I-VIII.

« *durch ungehörige Billigkeits und Zweckmässigkeits-Rücksichten* », ma per l'interpretazione letterale della legge che l'opinione di Bulgaro merita di essere accolta. Certo che questa, che è la vera e genuina interpretazione letterale, coincide mirabilmente coi motivi che guidarono il legislatore a dettare la nuova prescrizione: procurare cioè viemaggiormente di impedire che le donne si obblighino *perperam* (1) per altri « *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant* ». Ma quand'è che la donna *perperam* s'interpone? Forse quando ella intercedendo, anzichè dimostrare di obbligarsi spensieratamente e senza grande riflessione, manifesta invece una ferma volontà di vincolare se stessa, o forse quando è tale la causa della intercessione da far presupporre nella donna una volontà libera e riflessiva, o forse ancora quando ella con scaltrezza agisce?

Il Senato, allorchè disse: « *eius generis obligationibus obstringi non sit aequum* » ed accordò in conseguenza alla donna la *exceptio Scti Velleiani* contro le pretese del creditore, lo fece in previsione che la donna, a causa dell'indole sua, *perperam* si obbligasse, epperò dilapidasse i beni famigliari, arrischiandoli nelle intercessioni. Orbene, fu precisamente anche in previsione di ciò, « *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant* », che Giustiniano dice: « io non solo accordo alla donna la *exceptio Scti*, ma dichiaro addirittura nulle *ipso iure* le intercessioni muliebri, e la *exceptio* rimarrà solo qualora vi sia un atto pubblico firmato da tre testimoni il quale atto è attendibile prova che la mallevadoria fu l'effetto di seria riflessione ». Giustiniano adunque, partendo dallo stesso concetto che aveva influenzato sul Senato, volle, per accertare vieppiù la realizzazione dello scopo cui il Senato mirava, ampliarne le disposizioni. Epperò, se nell'evolversi del diritto, posterior-

---

(1) *Perperam*, adverb. cui *recte* opponitur, *inconsiderate, imprudenter;* (Forcellini, T. IV, pag. 615).

mente al Senato, si sentì la necessità di statuire alcune eccezioni ad esso, a più forte ragione queste dovettero continuare ad esistere con Giustiniano, il quale, guidato dallo stesso pensiero del Senato, ne estese anzi le conseguenze per una maggior garanzia. Fu detto che se vera fosse l'interpretazione di Bulgaro, la innovazione di Giustiniano non avrebbe, alla fin fine, presentato utilità di sorta. Ma che forse ogni intercessione di donna porti con sè uno di que' pochi e rari casi eccezionali? L'esperienza aveva dimostrato che colla sola *exceptio* non sempre ottenevasi lo scopo che conseguir si voleva, poichè, per lo stretto diritto, al creditore spettava poi ancora sempre una azione contro l'intercedente e, qualora questa non si fosse valsa della eccezione, poteva essere condannata al pagamento, senza che per questo potesse farsi rimprovero al giudice di aver commesso un'ingiustizia o fatto un atto nullo (1). Epperò Giustiniano, onde rimediare a cotesti inconvenienti, statuì la nullità assoluta dell'intercessione (2). Ma ancora ci si obbietta: perchè allora Giustiniano parlò, nella L. 23 cit., di un solo caso eccezionale? Orbene qui è agevole il replicare che, statuendo nel § « *ne autem* » la solennità dell'atto scritto, è naturale che Giustiniano si sia occupato della intercessione mediante compenso, perocchè, sebbene fosse cosa assodata che in tale ipotesi l'intercessione venisse considerata come sempre e totalmente valida, pur una certa influenza vi esercitava l'atto scritto, onde

---

(1) Veggasi: Sintenis, « *Sell's Jahrb.* », S. 343 fg.; *Lehrb. Anm.*, 79. — Girtanner, S. 366. — Windscheid, § 487, Not. 1. — Brinz, § 262. — Contro: Fuhr, « *Arch. f. prakt. Rechtsw.* », II (1854), S. 70 fg. — Kattenhorn, cit. S. 96 fg. — Gide, cit., p. 160: « sous ces vagues circonlocutions du Sénatus-consulte se cache une défense d'intercéder péremptoire et sévère... ». — Cfr. ancora: Brisson, *De formulis*, L. 11, c. 73, 109. — Ihering, *Geist des röm. Rechts*, II, S. 292. — Gradenwitz, cit., e Thon, *Die Rechtsverfolgende Einrede*, S. 82 fgg. (Jena, 1889).

(2) Vedi Westphal, *Rechtsgutachten*, I, p. 83.

decidere se realmente la donna avesse o no « *aliquid* » ricevuto. Ed è poi norma di ermeneutica legislativa quella seguìta da Giustiniano, il quale, mutando la regola dello istituto della intercessione muliebre senza toccarne le eccezioni, pose innanzi, quale esempio, un caso eccezionale, a dimostrare che solamente lo istituto come regola egli intese di riformare; del resto l'argomentazione di Thibaut (1) che se appo una regola novella, variante lo stato anteriore delle cose, vien ricordata una sola eccezione alla regola antica, debbono cadere per ciò tutte le altre eccezioni, fu condannata dagli stessi suoi seguaci.

Profondamente convinto che l'interpretazione di Bulgaro coincide *adamussim* colla lettera e colla ragion della legge, parmi non temerario da parte mia il tentativo di far risorgere quell'antica dottrina, per quanto quasi universalmente respinta dalla critica moderna, tanto più che nel mio divisamento trovo il conforto dell'illustre Dernburg, per il quale: « *In den Fällen, in welchen das Intercessionsverbot nicht Platz greift, bedarf es der Form nicht* » (2).

---

(1) Thibaut, *Civ. Abh.*, S. 129 fgg.
(2) Dernburg, *Pandekten* (Berlin, 1886), II, § 84, sub 2 *a*), S. 220.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 1563
BIBLIOTECA
115315